

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

119-10-CA

S.S.

APPELLANT

S.S.

APPELANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

S.S. v. R., 2011 NBCA 75

S.S. c. R., 2011 NBCA 75

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Bell

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Provincial Court:
Trial: June 21, 2010
Sentence: August 18, 2010

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Procès : le 21 juin 2010
Prononcé de la peine : le 18 août 2010

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
January 11, 2011

Appel entendu :
Le 11 janvier 2011

Judgment rendered:
September 8, 2011

Jugement rendu :
Le 8 septembre 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull

Souscrit aux motifs :
L'honorable juge Turnbull

Dissenting reasons by:
The Honourable Justice Deschênes

Motifs dissidents :
L'honorable juge Deschênes

Counsel at hearing:

For the appellant:
S.S. appeared in person

For the respondent:
Cameron H. Gunn

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
S.S. a comparu en personne

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

THE COURT

The appeal is allowed and a new trial ordered.

Deschênes J.A., dissenting, would have dismissed the appeal.

LA COUR

Accueille l'appel et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

Le juge d'appel Deschênes, dissident en l'instance, aurait débouté l'appelant.

The following are the reasons delivered by

DESCHÈNES, J.A. (dissenting)

- [1] This is a case where the trial judge made critical credibility findings. Although she accepted parts of the appellant's testimony, she rejected those parts which she found "ludicrous" in light of all the evidence and, more particularly, the evidence provided by Crown witnesses. Based on the evidence she accepted, the trial judge concluded the spanking of the 6-year-old boy was corrective in nature, but the number of blows administered to the child and the duration of the spanking were "unreasonable" under the circumstances; thus, the defense provided to a parent under s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was not available to the appellant.
- [2] I have read the reasons for judgment of my colleagues and, while I agree with some of their comments on the law, I respectfully disagree with their application of the law to this case.
- [3] In reaching my conclusion as to how to dispose of this case, I should start by stating that I take no issue with the general proposition enunciated by my colleagues which emanates from *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, and *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, that reasons for judgment "must be sufficient to fulfill their functions of explaining why the accused was convicted or acquitted, providing public accountability and permitting effective appellate review" (see para. 15 of *R. v. R.E.M.*).
- [4] My colleagues' main concern is the trial judge failed to follow the framework set out in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), in that, having accepted part of the accused's testimony, the trial judge had an obligation to explain why the accused's evidence nonetheless did not raise a reasonable doubt. In the alternative, they maintain that, in the face of inconsistencies in the evidence of Crown witnesses, the trial judge failed to explain, at the third stage of the *W.(D.)* test, why the

totality of the evidence nonetheless proved guilt beyond a reasonable doubt. They conclude the trial judge's failure to provide a *W.(D.)* analysis constitutes an error of law which requires a new trial.

[5] For the purposes of ss. 677 and 693(1)(a) of the *Criminal Code*, the question of law upon which I dissent is as follows: "Where an accused testifies and credibility issues arise, does the trial judge's failure to verbalize the framework set out in *W.(D.)* constitute an error of law that requires a new trial?"

[6] In addition, my colleagues conclude the trial judge erroneously applied a subjective view of what is reasonable in disciplining a child contrary to the objective standard which must be applied as enunciated in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76. They maintain the trial judge applied the wrong test in determining whether the spanking was "reasonable in the circumstances" and that such error of law also militates in favour of setting aside the guilty verdict and ordering a new trial.

[7] Before elaborating on my reasons for dismissing the appeal, I wish to explain why I do not agree with my colleagues in their approach to this case.

I. The *W.(D.)* error

[8] This trial took place before a judge alone and not before a court composed of a judge and jury. In a jury trial, the judge must provide jurors with a road map on "their journey towards a verdict". In a case before judge alone, "[r]easons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read, as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict" (see *R. v. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL) at para. 30, confirmed in *R. v. R.E.M.*, at para. 18). Indeed, to impose such a requirement on trial judges would have a

serious negative impact by slowing “the system of justice immeasurably” (see *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, [1994] S.C.J. No. 30 (QL) at para. 18).

[9] My colleagues would impose upon a trial judge an obligation to complete a *W.(D.)* analysis and verbalize the reasons why he or she does not believe the accused’s version of events and why such evidence does not raise a reasonable doubt in the judge’s mind. Furthermore, they would impose upon the trial judge an obligation to explain how, on the basis of the evidence accepted by him or her, the Crown has succeeded in establishing the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

[10] The jurisprudence does not support such an obligation. It is now generally understood, even in a trial before judge and jury, let alone before a judge alone, that the failure expressly to articulate the word formula of *W.(D.)* is not fatal. Specifically, in a case before judge alone, “what must appear [...] from the reasons as a whole, is the trial judge’s clear understanding of the relationship between reasonable doubt and the assessment of credibility and its application to the case at hand” (see *R. v. Wadforth*, 2009 ONCA 716, [2009] O.J. No. 4176 (QL) at para. 50). Put another way, what is important is that it is clear in reading the trial judge’s reasons for judgment that he or she understood that, despite the rejection of the accused’s evidence, the burden of proof continued to reside with the Crown to establish the essential ingredients of the offence charged and did not travel to the accused.

[11] In my view, the trial judge’s failure to use *W.(D.)* in her reasons for judgment is not fatal, nor is it an error of law. The contrary view of my colleagues on this point is precisely what prompted my dissenting reasons for judgment. This being said, a reviewing court must be satisfied that the trial judge did not proceed to find guilt without being satisfied beyond a reasonable doubt, on the basis of the evidence he or she accepted, that the accused was guilty of the offence charged.

[12] Our role is to look at the trial judge’s reasons for judgment as a whole in light of the evidence and the arguments at trial (see *Sheehan v. R.*, 2010 NBCA 85, 366

N.B.R. (2d) 160 at para. 12). We are also entitled to assume the trial judge is cognizant of the concepts of the presumption of innocence, reasonable doubt and the well-known *W.(D.)* formula. Briefly put, “trial judges are not required to deal with every aspect of every case in their reasons for judgment; they are presumed to know the law” (see *Losier v. Losier* (1994), 155 N.B.R. (2d) 8, [1994] N.B.J. No. 534 (C.A.) (QL) at para. 11; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5 at para. 11 and *Burns* at para. 18).

[13] My colleagues are of the view that the trial judge failed to properly apply the reasonable doubt standard by simply accepting the testimony of the Crown witnesses over the appellant’s testimony without explaining why this was so. In their view, it was incumbent in a case of this nature for the trial judge to proceed to an analysis of the inconsistencies found in the testimony of the Crown witnesses and some of the consistency of their evidence with the testimony of the appellant. They maintain the failure to do so indicates the trial judge erred in law in doing what *W.(D.)* was designed to prevent, namely, to proceed to find guilt on the basis of the rejection of the accused’s testimony without resorting to the evidence as a whole to determine if the Crown had satisfied the onus of proving guilt beyond a reasonable doubt. Briefly put, the trial judge would simply have equated guilt with the rejection of the appellant’s version of events, an error that would have been avoided had the *W.(D.)* formula been adhered to.

[14] In my view, there is no indication the trial judge failed to properly apply the reasonable doubt standard despite her silence with respect to *W.(D.)*. As mentioned, the only issue was whether the appellant’s spanking was reasonable under the circumstances. The trial judge reviewed in great detail the evidence of the appellant that he had hit the child only two or three times over his covered buttock after hitting his own bare legs to warn the child of the upcoming spanking. The trial judge also reviewed the evidence of the Crown witnesses and accepted parts of their evidence that the appellant had in fact hit the child between 10 to 16 times while the child was screaming in apparent pain. They were troubled to such an extent by what they saw and heard that they decided to call the police. In light of that evidence, the trial judge

simply did not believe the appellant's version of events and found the spanking to have been unreasonable under the circumstances. In my view, when the reasons for judgment are read as a whole, there is no indication the trial judge failed to understand "the substance of the critical relationship between reasonable doubt and the assessment of credibility" (*Wadforth* at para. 57).

[15] I take the liberty of reproducing relevant excerpts of some of the principles to keep in mind when considering the adequacy of reasons for judgment generally, and questions of credibility in particular. Those principles were considered in *Sheehan*, relying upon *R. v. R.E.M.*:

These purposes [for which reasons are delivered] are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did. The object is not to show *how* the judge arrived at his or her conclusion, in a "watch me think" fashion. It is rather to show *why* the judge made that decision. The decision of the Ontario Court of Appeal in *Morrissey* predates the decision of this Court establishing a duty to give reasons in *Sheppard*. But the description in *Morrissey* of the object of a trial judge's reasons is apt. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, puts it this way: "In giving reasons for judgment, the trial judge is attempting to tell the parties what he or she has decided and why he or she made that decision" (emphasis added). What is required is a logical connection between the "what" -- the verdict -- and the "why" -- the basis for the verdict. The foundations of the judge's decision must be discernable, when looked at in the context of the evidence, the submissions of counsel and the history of how the trial unfolded.

[Emphasis in original.]

[...]

The trial judge should not be found to have erred in law for failing to describe every consideration leading to a finding of credibility, or to the conclusion of guilt or innocence. Nor should error of law be found because the trial judge has failed to reconcile every frailty in the evidence or allude to every relevant principle of law. Reasonable inferences need not be spelled out. For example if, in a case that turns on credibility, a trial judge explains that he or she

has rejected the accused's evidence, but fails to state that he or she has a reasonable doubt, this does not constitute an error of law; in such a case the conviction itself raises an inference that the accused's evidence failed to raise a reasonable doubt. [...]

Appellate courts must ask themselves the critical question set out in *Sheppard*: do the trial judge's reasons, considered in the context of the evidentiary record, the live issues as they emerged at trial and the submissions of counsel, deprive the appellant of the right to meaningful appellate review? To conduct meaningful appellate review, the court must be able to discern the foundation of the conviction. Essential findings of credibility must have been made, and critical issues of law must have been resolved. If the appellate court concludes that the trial judge on the record as a whole did not deal with the substance of the critical issues on the case (as was the case in *Sheppard* and *Dinardo*), then, and then only, is it entitled to conclude that the deficiency of the reasons constitute error in law.

[para. 12]

[16] In my view, the reasoning adopted by the trial judge to reject the defence raised by the appellant is unequivocal and her decision is based on facts amply supported by the evidence she accepted. In addition, the reasons for her decision are sufficiently articulated to allow meaningful appellate scrutiny.

II. Did the trial judge use a *subjective* test to determine the reasonableness of the discipline imposed?

[17] My colleagues maintain that the trial judge's statement "no spanking should go on and on to the point that strangers pick up the phone and call the police" is a clear indication that she applied a subjective standard on the issue of reasonableness. With respect, I do not agree with such a proposition.

[18] In *Canadian Foundation*, the Supreme Court does say that "[i]t is wrong for law enforcement officers or judges to apply their own subjective view of what is 'reasonable under the circumstances'" and that "the test is objective"

(para.40). The Court made the comment when considering the Foundation's argument on the proper test to apply. In addressing the Foundation's position the Court provides some insight as to how the application of an objective test is applied to the issue of reasonableness of the discipline imposed:

[...] It [the Foundation] argues that police officers, prosecutors and judges too often assess the reasonableness of corrective force by reference to their personal experiences and beliefs, rendering enforcement of s. 43 arbitrary and subjective. In support, it points to the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108, in which, at p. 109, O'Sullivan J.A. stated that “[t]he discipline administered to the boy in question in these proceedings [a kick to the rear] was mild indeed compared to the discipline I received in my home”.

[...]. Generally, s. 43 exempts from criminal sanction only minor corrective force of a transitory and trifling nature. On the basis of current expert consensus, it does not apply to corporal punishment of children under two or teenagers. Degrading, inhuman or harmful conduct is not protected. Discipline by the use of objects or blows or slaps to the head is unreasonable. Teachers may reasonably apply force to remove a child from a classroom or secure compliance with instructions, but not merely as corporal punishment. Coupled with the requirement that the conduct be corrective, which rules out conduct stemming from the caregiver's frustration, loss of temper or abusive personality, a consistent picture emerges of the area covered by s. 43. It is wrong for law enforcement officers or judges to apply their own subjective views of what is “reasonable under the circumstances”; the test is objective. The question must be considered in context and in light of all the circumstances of the case. The gravity of the precipitating event is not relevant. [paras. 26 and 40]

[19] In my view, there is nothing to suggest that the trial judge assessed the reasonableness of the corrective force used by referring to her personal experiences. On the contrary, her decision was reached in light of the circumstances of the case and based upon the evidence she accepted. Her reference to the call made to the police was

nothing else but another circumstance to consider on the issue of reasonableness of the discipline imposed by the appellant.

[20] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Turnbull and Bell, JJ.A. was delivered by

BELL, J.A.

I. **Introduction and Summary**

[21] On June 21, 2010 a judge of the Provincial Court found the appellant guilty of indictable assault arising from an incident wherein he spanked his son, S.C.S. On August 18, 2010 the trial judge granted the appellant a conditional discharge pursuant to s. 730 of the *Criminal Code* R.S.C. 1985, c. C-46, one of the terms of which is that he serve a period of probation. The appellant appeals the guilty finding.

[22] For the reasons set out below, I am of the view the trial judge erred by misapplying the reasonable doubt standard and by applying a subjective standard in her consideration of whether s. 43 of the *Code* operates to absolve the appellant from criminal liability. I would allow the appeal and order a new trial.

A. *The appellant's version of the incident*

[23] On August 1, 2009 at approximately 1:00 p.m. the appellant, his spouse, their 6-year-old son S.C.S. and his spouse's two other children, were travelling by car from Durham Bridge to a museum in Fredericton. The appellant's spouse was driving the car, the appellant was in the front passenger seat and the children were in the back seats. For the first part of the journey, S.C.S. was sitting in a booster seat directly behind his mother.

[24] The family stopped at the Toronto Dominion Bank on Queen Street. At that time, S.C.S. was bickering with his brother, yelling at passing cars saying "Help me, help me" and kicking the back of his mother's seat. As a result, the appellant removed S.C.S. to the seat behind him. As the family continued its journey, S.C.S.'s behaviour worsened. He was now unbuckling his seatbelt, throwing things, and yelling and

screaming. When all efforts by the appellant to calm the child failed, his spouse stopped at the Connaught Street School parking lot. The appellant told S.C.S. that unless he stopped misbehaving, he would have to be spanked.

[25] With some difficultly, the appellant removed S.C.S. from his booster seat and proceeded to put him over his knee. S.C.S. resisted and screamed profusely and loudly. According to the appellant, he continued to try to reason with the child by telling him that if he stopped screaming, hitting and throwing he would not be spanked. The child continued to misbehave. The appellant says he then struck his own leg, thereby making a loud sound which momentarily quieted the child. The appellant says he then struck his own leg again without success in calming the child. He then told S.C.S. that he would have to apply a “real spanking”. He says he then spanked S.C.S. two or three times while stopping between spankings to plead with the child. The appellant says he held S.C.S. over his knee while he administered the spanking to the clothed buttocks of the child. After the child’s behaviour improved, the appellant put him back in his seat and buckled the seat belt. He then got back into the front passenger seat of the car. The appellant says he was calm and controlled throughout the time he administered discipline. No marks or bruising of any kind were found on S.C.S. when he was examined by social work officials approximately 8 hours later that same day. No marks or bruising were noticed by S.C.S.’s grandmother who took him swimming that same afternoon.

[26] The appellant related the same sequence of events to the social workers that day, police upon arrest 12 days later, and the trial judge.

B. *The Respondent’s version of the incident*

[27] Crown witness, Millicent Boldon, lived in an apartment building near the Connaught Street School. She testified that she heard a child crying and her first thought was that the child had fallen off a swing. When she looked out her bedroom door which exits onto a patio, she saw a man slapping a child. She stated the man was facing her and that she could hear the child yelling, “you’re beating me senseless. Stop. You’re hurting

me". She saw the man hit the child at least 10 times. She first heard what she believed to be a bare hand hitting bare legs, and then a more muffled sound as if hitting pants. [Emphasis added.]

[28] Crown witness Jim Burns was visiting his sister, Ms. Boldon, that same afternoon. He testified he was called into the bedroom by Ms. Boldon and that he could hear the child before he got there. When he was in a position to see the child, he saw a dozen "blows" and twice yelled "is there a problem". The person administering the "blows" did not respond. Mr. Burns also heard the child say "you're beating me senseless". After the initial dozen blows he says there was a lull and then a "half" dozen more. He said that after the man put the child back in the car he put his hand on the roof of the car to catch his breath. Mr. Burns could not say whether the man was striking the child or himself as the man was turned away from him. [Emphasis added]

C. *The decision below*

[29] The trial judge rejected the appellant's version that he only struck his child two or three times. She concluded he struck the child over and over as alleged by the two Crown witnesses. She found the appellant's testimony that he was hitting himself was not credible and concluded it was "ludicrous" that he would hit himself "so many times". She said she accepted Ms. Boldon's and Mr. Burns' versions over the appellant's. In reaching her conclusion she said "no spanking should go on and on to the point that strangers pick up the phone and call the police". Although she found the force applied was of a corrective nature, its duration was, in her view, unreasonable. She concluded s. 43 of the *Criminal Code*, which permits the use of force for reasonable physical correction, did not provide a defence to the appellant in the circumstances.

II. Grounds of Appeal

[30] The appellant raises several grounds of appeal. However, I consider it necessary to deal only with the following: (1) whether the trial judge failed to provide

adequate reasons for her conclusions regarding credibility and reasonable doubt; and (2) whether she erred in law by applying a subjective test to determine whether the appellant applied reasonable correction as contemplated by s. 43 of the *Code*.

III. Analysis

[31] This Court's role is not to retry cases, nor is it to substitute its view of the evidence for the view of the trial judge. However, it is required to consider whether the court below has committed a palpable and overriding error of fact, or an error in the application of law to the facts (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

A. *Whether the trial judge failed to provide adequate reasons for her conclusions on credibility and reasonable doubt.*

[32] Reasons for judgment are the primary mechanism by which judges account to the parties and to the public for the decisions they make. Trial courts can only be held to account if the reasons for their adjudication are transparent and accessible to the public and to the appellate court (see *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869). This duty applies to a trial judge's credibility assessment of a witness, as much as to his or her fact-finding and legal analysis. In *R. v. Sheppard*, the Court states:

[W]here there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions.

[para. 42]

[33] This duty is further enhanced in two situations: First, in cases where the sole issue is credibility; and second, where the outcome of the case is largely dependent upon the contradictory testimony of witnesses. In assessing credibility, trial judges must often compare the testimony of the accused to that of other witnesses. A failure to give reasons for a credibility assessment may create the impression that the trial judge has simply chosen which testimony he or she prefers and has not fully considered the concept

of proof beyond a reasonable doubt: *R. v. V.K. (B.C.C.A.)*, [1991] B.C.J. No. 3913 (C.A.) (QL); *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL).

- [34] In order to demonstrate a correct application of the reasonable doubt standard when credibility is an issue, trial judges should follow the framework set out in *W.(D.)*:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously, you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.” [para. 28]

- [35] Therefore, during the *W.(D.)* analysis, if a trial judge accepts part of the accused’s testimony, in order to convict, he or she must explain at the second stage of the *W.(D.)* test, why the accused’s evidence nonetheless does not raise a reasonable doubt. Alternatively, if a trial judge perceives inconsistencies in the complainant’s evidence, he or she must explain, at the third stage of the *W.D.* test, why the totality of the evidence nonetheless proves guilt beyond a reasonable doubt in order to convict (see *R. v. Gharabaghi*, 2005 BCSC 1641, [2005] B.C.J. No. 2568 (QL)).

- [36] Choosing one testimony over another without engaging in the *W.(D.)* analysis shifts the burden of proof onto the appellant to explain away the other witnesses’ evidence (see *R. v. Y.M.*, [2004] O.J. No. 2001 (C.A.) (QL). As a result, to ensure fairness of the process the trial judge must explain to the parties why he or she did not accept the accused’s testimony, or at least find that it did not raise a reasonable doubt. If this is not done, it constitutes an error of law, which results in a new trial.

B. *Application*

[37] In the present case, the trial judge neither implicitly nor explicitly followed the *W.(D.)* framework. A review of her reasons reveals that this is not purely a question of semantics in which she failed to expressly follow each stage. Rather, her reasons only indicate an adherence to the first stage of the *W.(D.)* analysis when she said that she “accepts the testimony of the witnesses over Mr. Scott’s testimony”. In terms of the second and third stages, she did not state why the accused’s evidence did not raise a reasonable doubt, or why the remaining evidence convinced her of the accused’s guilt beyond a reasonable doubt. Her reasons, or lack thereof, demonstrate a failure to properly apply the reasonable doubt standard.

[38] The trial judge’s analysis of the testimony does not indicate why the appellant’s testimony was not credible, nor why the Crown witnesses’ testimony was believable. The only caution she makes about the Crown witnesses’ credibility is that they could have “been partly traumatized by [the child’s] yelling and exaggerating and the court [will] take that into consideration because lots of times children will yell out things and parents are quite mortified by the things that they will yell out which are not true at all”.

[39] There is even less analysis of the credibility or reliability of the appellant’s testimony. This failure is significant given the following factors. First, Ms. Boldon testified that she “heard the hand hitting bare legs and then the hand hitting the pants”. Since the child’s buttocks were covered, Ms. Boldon’s testimony is at least partly consistent with the appellant’s when he says that he may have been wearing short pants. The trial judge failed to consider this potential consistency between the testimony of Ms. Boldon and the appellant. This evidence may have affected the trial judge’s conclusion regarding the duration of the punishment, which was crucial to her finding of guilt. Second, the trial judge did not make any reference to the conflicting testimonies of the two principal Crown witnesses, who, although standing at the same patio, saw different versions of what unfolded. Ms. Boldon said the appellant was facing her, while Mr.

Burns says he had his back toward him. Ms. Boldon said the appellant hit only the child, whereas Mr. Burns acknowledged he could not see whether the appellant was striking the child or himself. Given Mr. Burns' uncertainty as to who was being hit and the appellant's testimony, it became very important that the trial judge, in providing her reasons for decision, demonstrate that she addressed her mind to the third stage of the *W.(D.)* analysis. Finally, the trial judge failed to provide reasons, using the *W.(D.)* framework, to the apparent inconsistency that arises from the lack of marks or bruising on the child given the testimony of Ms. Boldon about slaps to the bare skin and the testimony of Mr. Burns that he witnessed 18 "blows".

[40] Overall, the trial judge's approach indicates she did not apply the third stage of the *W.(D.)* analysis to demonstrate why she was convinced by the totality of the evidence of the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. Instead, her analysis consisted of choosing between two versions of the event, something she is not entitled to do. Her failure to apply the third stage of the *W.(D.)* analysis to all of the evidence demonstrates she ignored the Crown's burden to prove guilt beyond a reasonable doubt.

C. *Application of a subjective test to determine "reasonable" correction*

[41] Pursuant to s. 43 of the *Code*, parents and teachers are permitted to physically correct children provided the force does not exceed that which is reasonable under the circumstances. The section reads as follows:

**PROTECTION OF PERSONS
IN AUTHORITY**

Correction of child by force

43. Every schoolteacher, parent or person standing in place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.
R.S., c. C-34, s. 43.

**PROTECTION DES PERSONNES
EXERÇANT L'AUTORITÉ**

Discipline des enfants

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.
S.R., ch. C-34, art. 43.

[42] The purpose of s. 43 is to provide some protection to school teachers and parents who find it necessary to use force by way of correction. In addition to identifying who benefits from this protection, the section also identifies the conduct that is protected. First, the conduct must be “by way of correction” and, second, it must be “reasonable under the circumstances”. It is undisputed the appellant is the parent of S.C.S. Importantly, the trial judge concluded that the appellant administered the punishment by way of correction. In *Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General)* 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, the Court states that force “by way of correction” must be for an educative or disciplinary purpose. The Court imposes other parameters on the use of force in relation to the correction of children, only one of which is relevant for purposes of the present discussion, that being that the reasonableness of the correction must be measured against an objective standard. The Court stated:

[...] It is wrong for law enforcement officers or judges to apply their own subjective views of what is “reasonable under the circumstances”; the test is objective. [para. 40]

[43] When the trial judge stated that “no spanking should go on and on to the point that strangers pick up the phone and call the police” I am of the view she applied a subjective standard. Ms. Boldon’s decision to pick up the telephone and call the police in those circumstances can be nothing but a subjective one. She would not, at that point, have benefited from all the attributes that convert a subjective decision into an objective one: for example, she would not have considered the appellant’s version of the incident, whether the child’s buttocks were covered, whether she might be mistaken about whether all slaps were administered to the child and whether her brother’s observations and conclusions were identical to her own. If the trial judge applied the correct test when she speculated about what strangers might do, logic would hold that if she had not called the police, the force administered was somehow reasonable. Obviously, some people faced with the same situation as that presented to Ms. Boldon might have called the police earlier and others might never have called.

[44] In this case the trial judge's sole basis for convicting the appellant flowed from the duration of the punishment. In my view she applied a subjective standard by delegating to an onlooker the determination of guilt or innocence.

[45] For all of these reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Version française des motifs déposés par

LE JUGE D'APPEL DESCHÈNES

(Opinion dissidente)

- [1] La juge du procès a tiré, en l'espèce, des conclusions déterminantes en matière de crédibilité. Elle a accueilli certaines parties du témoignage de l'appelant, mais elle en a rejeté les parties qui lui paraissaient [TRADUCTION] « absurde[s] » à la lumière de l'ensemble de la preuve, notamment de la preuve apportée par les témoins à charge. Sur le fondement de la preuve qu'elle a admise, la juge du procès a conclu que la fessée donnée au garçon de six ans avait eu pour but de lui infliger une correction, mais que le nombre de coups administrés et la durée de la fessée avaient été [TRADUCTION] « déraisonnables » dans les circonstances. Par conséquent, le moyen de défense que l'art. 43 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, offre aux parents n'était pas admissible.
- [2] J'ai lu les motifs de mes collègues et, quoique je fasse miennes certaines de leurs observations sur le droit, je me trouve en respectueux désaccord avec eux sur leur application du droit en l'instance.
- [3] Je ferai remarquer, avant de donner les raisons de la conclusion à laquelle j'arrive sur la décision à rendre ici, que je ne conteste en rien le principe général formulé par mes collègues, issu des arrêts *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, et *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, voulant que les motifs « doivent être suffisants pour remplir leurs fonctions qui consistent à expliquer pourquoi l'accusé a été déclaré coupable ou acquitté, rendre compte devant le public et permettre un examen efficace en appel » (*R. c. R.E.M.*, par. 15).
- [4] Mes collègues reprochent avant tout à la juge de première instance de ne pas reprendre le cadre d'analyse de *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n°26 (QL). Ils estiment que la juge du procès, du fait qu'elle avait accueilli une partie du témoignage de l'appelant, avait l'obligation d'expliquer pourquoi la preuve de l'accusé,

néanmoins, ne soulevait pas de doute raisonnable. Sinon, ils maintiennent que, face aux divergences de la preuve présentée par les témoins à charge, la juge du procès n'a pas expliqué, au troisième stade du critère énoncé dans l'arrêt *W.(D.)*, pourquoi la preuve, dans sa totalité, prouvait néanmoins la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Ils concluent que le défaut de la juge de présenter une analyse menée suivant l'arrêt *W.(D.)* constitue une erreur de droit qui exige la tenue d'un nouveau procès.

- [5] Je formule, pour les besoins de l'art. 677 et de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, la question de droit au sujet de laquelle je suis dissident : « Lorsqu'un accusé témoigne et que des questions se posent en matière de crédibilité, la non-énonciation du cadre d'analyse de l'arrêt *W.(D.)* par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit exigeant la tenue d'un nouveau procès? ».
- [6] En outre, mes collègues concluent que la juge du procès a appliqué à tort une perception subjective de ce qui est raisonnable pour corriger un enfant, au lieu d'appliquer une norme objective comme le veut l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76. Ils estiment que la juge du procès a appliqué le mauvais critère pour déterminer si la fessée était « raisonnable dans les circonstances », et que cette erreur de droit joue également en faveur d'une ordonnance d'annulation du verdict de culpabilité et de tenue d'un nouveau procès.
- [7] Avant d'exposer plus en détail les raisons pour lesquelles je rejette l'appel, je souhaite expliquer pourquoi je me trouve en désaccord avec mes collègues sur la façon d'aborder la présente cause.

I. Erreur liée à l'arrêt *W.(D.)*

- [8] Le procès a eu lieu devant un juge siégeant seul, et non devant juge et jury. Lorsqu'un juge siège en compagnie d'un jury, il doit indiquer aux jurés le chemin à suivre pour « parvenir à un verdict ». Lorsque le juge siège seul, [TRADUCTION] « [I]es

motifs [de son] jugement sont exprimés une fois [qu'il est] parvenu à la fin de ce cheminement et expliquent pourquoi il est arrivé à telle ou telle conclusion. Ils ne sont pas censés et ne doivent pas être interprétés comme l'énonciation de chacune des étapes du processus que le juge a suivi pour parvenir à un verdict » (*R. c. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), par. 30, décision confirmée dans *R. c. R.E.M.*, par. 18). D'ailleurs, cette énonciation, si elle était exigée des juges de première instance, aurait de lourdes répercussions, étant donné qu'elle ralentirait « incommensurablement le système de justice » (*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, [1994] A.C.S. n° 30 (QL), par. 18).

[9] Mes collègues imposeraient au juge du procès l'obligation de réaliser l'analyse proposée par l'arrêt *W.(D.)* et d'énoncer les raisons pour lesquelles il écarte la version des événements donnée par l'accusé, ainsi que les raisons pour lesquelles la preuve de l'accusé ne soulève pas de doute raisonnable dans son esprit. Ils imposeraient en outre au juge l'obligation d'expliquer comment le ministère public a réussi à établir, par la preuve admise au procès, la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

[10] L'existence d'obligations de cet ordre n'est pas étayée par la jurisprudence. Il est généralement admis aujourd'hui que, même dans le cas d'un procès devant juge et jury, donc à plus forte raison dans le cas d'un procès devant un juge siégeant seul, le défaut de reprendre expressément les formules de l'arrêt *W.(D.)* n'est pas fatal. Plus précisément, lorsqu'une cause a été entendue par un juge siégeant seul, [TRADUCTION] « [i]l doit [...] se dégager des motifs, dans leur ensemble, que le juge du procès a une nette compréhension du rapport entre le doute raisonnable et l'appréciation de la crédibilité, et de son application à la cause dont il était saisi » (*R. c. Wadforth*, 2009 ONCA 716, [2009] O.J. No. 4176 (QL), par. 50). En d'autres termes, l'important est qu'il apparaisse clairement, à la lecture des motifs, que le juge du procès comprenait que, malgré le rejet de la preuve de l'accusé, le fardeau d'établir les éléments essentiels de l'infraction revenait toujours au ministère public et ne passait pas à l'accusé.

[11] À mon sens, le défaut de la juge du procès de recourir à l'arrêt *W.(D.)* dans ses motifs n'est ni fatal, ni constitutif d'une erreur de droit. Les vues contraires de mes

collègues, sur ce point, sont précisément ce qui a suscité mes motifs de dissidence. Cela dit, un tribunal de révision doit être persuadé que le juge du procès n'a pas conclu à la culpabilité sans être convaincu hors de toute doute raisonnable, vu la preuve qu'il a admise, de la culpabilité de l'appelant.

[12] Notre rôle est d'examiner les motifs d'un juge globalement, à la lumière de la preuve et des arguments présentés au procès (*Sheehan c. R.*, 2010 NBCA 85, 366 R.N.-B. (2^e) 160, par. 11). Nous sommes admis à supposer, également, que le juge du procès est au fait des concepts de présomption d'innocence et de doute raisonnable, ainsi que de la formule bien connue énoncée dans l'arrêt *W.(D.)*. Bref, [TRADUCTION] « les juges de première instance ne sont pas tenus de traiter tous les aspects de la cause dans leurs motifs de décision : on présume qu'ils connaissent le droit » (*Losier c. Losier* (1994), 155 R.N.-B. (2^e) 8, [1994] A.N.-B. n° 534 (C.A.) (QL), par. 11, *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 11, et *Burns*, par. 18).

[13] Mes collègues estiment que la juge du procès n'a pas appliqué la norme du doute raisonnable correctement, parce qu'elle s'est contentée de préférer la preuve des témoins à charge à celle de l'appelant sans en donner les raisons. À leur sens, il incombaît à la juge, dans une cause telle la présente, de procéder à une analyse des points sur lesquels divergeaient les témoignages présentés par le ministère public, et sur lesquels ils s'accordaient avec la preuve de l'appelant. Ils maintiennent que le défaut de procéder à cette analyse signifie que la juge du procès a commis une erreur de droit en se livrant à ce que l'arrêt *W.(D.)* était censé prévenir : conclure à la culpabilité d'un accusé sur le fondement du rejet de sa preuve, sans se reporter à la preuve dans son ensemble pour déterminer si le ministère public s'est acquitté du fardeau de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En somme, la juge du procès aurait tout simplement assimilé la culpabilité de l'appelant au rejet de sa version des événements, erreur qu'elle aurait évitée si elle avait adhéré à la formule énoncée dans l'arrêt *W.(D.)*.

[14] À mon avis, rien n'indique que la juge du procès, malgré son silence en ce qui a trait à l'arrêt *W.(D.)*, n'ait pas appliqué correctement la norme du doute raisonnable. Nous avons vu que seule se posait la question de savoir si la fessée administrée par l'appelant avait été raisonnable dans les circonstances. La juge du procès a examiné de près le témoignage donné à propos de la fessée par l'appelant, qui affirmait n'avoir frappé les fesses vêtues de l'enfant que deux ou trois fois, après avoir d'abord frappé ses propres jambes nues pour avertir l'enfant de la fessée imminente. Elle a également examiné la preuve des témoins à charge. Elle a accueilli les parties de leurs témoignages indiquant que l'appelant avait frappé de 10 à 16 fois l'enfant, qui criait apparemment de douleur. Ces témoins ont été à ce point troublés par ce qu'ils ont vu et entendu qu'ils ont décidé d'appeler la police. Étant donné cette preuve, la juge du procès n'a tout simplement pas cru la version de l'appelant et elle a conclu que la fessée avait été déraisonnable dans les circonstances. J'estime que, à considérer les motifs dans leur ensemble, rien n'indique que la juge du procès n'ait pas compris [TRADUCTION] « l'essentiel du rapport fondamental entre doute raisonnable et appréciation de la crédibilité » (*Wadforth*, par. 57).

[15] Je me permets de reproduire des extraits de jurisprudence pertinents, où sont énoncés quelques-uns des principes qu'il faut prendre en considération au moment de juger du caractère suffisant de motifs, en général, et de juger de la crédibilité, en particulier. Notre Cour s'est penchée sur ces principes dans *Sheehan*, d'après *R. c. R.E.M.* :

Ces buts [les buts pour lesquels des motifs sont déposés] seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. Il ne s'agit pas d'indiquer *comment* le juge est parvenu à sa conclusion, ou d'une invitation à « suivre son raisonnement », mais plutôt de révéler *pourquoi* il a rendu cette décision. La Cour d'appel de l'Ontario a prononcé l'arrêt *Morrissey* avant que notre Cour confirme l'obligation de fournir des motifs dans *Sheppard*. L'arrêt *Morrissey* décrit toutefois bien l'objet des motifs du juge de première instance. Le juge Doherty affirme, à la p. 525 : [TRADUCTION] « En

motivant sa décision, le juge de première instance essaie de faire comprendre aux parties le résultat et le pourquoi de sa décision » (je souligne). L'essentiel est d'établir un lien logique entre le « résultat » – le verdict – et le « pourquoi » – le fondement du verdict. Il doit être possible de discerner les raisons qui fondent la décision du juge, dans le contexte de la preuve présentée, des observations des avocats et du déroulement du procès.

[Les italiques et les soulignements proviennent de l'original.]

[...]

[...] On ne doit pas conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit parce qu'il a omis de décrire chaque facteur qui l'a mené à une conclusion sur la crédibilité, ou à la conclusion de culpabilité ou d'innocence. On ne doit pas non plus conclure à l'erreur de droit parce que le juge du procès a omis de concilier chacune des faiblesses de la preuve ou de faire allusion à chaque principe de droit applicable. Nul n'est besoin d'énoncer les inférences raisonnables. Si, par exemple, dans une cause dont l'issue repose sur la crédibilité, le juge du procès explique avoir écarté la preuve offerte par l'accusé, mais ne précise pas qu'il a un doute raisonnable, il ne s'agit pas d'une erreur de droit. En pareil cas, la déclaration de culpabilité permet en soi d'inférer que la preuve de l'accusé ne soulevait pas un doute raisonnable. [...]

Les cours d'appel doivent se poser la question cruciale formulée dans l'arrêt *Sheppard* : les motifs du juge du procès, considérés dans le contexte de la preuve versée au dossier, des questions en litige telles qu'elles sont ressorties au procès et des observations des avocats, privent-ils l'appelant du droit à un véritable examen en appel? Pour procéder à un véritable examen en appel, la cour doit pouvoir discerner le fondement de la déclaration de culpabilité. Les conclusions essentielles sur la crédibilité doivent avoir été tirées, et les questions de droit fondamentales doivent avoir été résolues. Si la Cour d'appel arrive à la conclusion que, compte tenu de l'ensemble du dossier, le juge du procès n'a pas tranché sur le fond les questions essentielles en litige (comme ce fut le cas dans *Sheppard* et *Dinardo*), elle peut alors,

mais seulement alors, conclure que la déficience des motifs constitue une erreur de droit.

[Par. 12]

[16] À mon sens, le raisonnement qui a amené la juge du procès à rejeter la défense de l'appelant est sans équivoque, et sa décision repose sur des faits qu'appuie amplement la preuve qu'elle a accueillie. Elle a en outre présenté des motifs suffisants pour qu'un examen véritable soit possible en appel.

III. La juge du procès a-t-elle employé un critère *subjectif* pour déterminer si la correction infligée était raisonnable?

[17] Mes collègues maintiennent que l'affirmation de la juge du procès que [TRADUCTION] « jamais une fessée ne devrait s'éterniser au point où des étrangers se donnent la peine de téléphoner à la police » est une nette indication de l'application d'une norme subjective à l'appréciation du caractère raisonnable de la correction. Il me faut exprimer mon respectueux désaccord sur ce point.

[18] Dans *Canadian Foundation*, la Cour suprême a bel et bien indiqué que « [I]es responsables de l'application de la loi ou les juges ont tort d'appliquer leur propre perception subjective de ce qui est "raisonnable dans les circonstances" » et que « le critère applicable est objectif » (Par. 40). La Cour suprême a formulé cette observation face aux arguments que la Foundation avançait relativement au critère à appliquer. Dans sa réponse à ces arguments, la Cour éclaire la façon dont un critère objectif est appliqué à la question du caractère raisonnable de la correction infligée :

Elle [la Foundation] soutient que, trop souvent, les policiers, le ministère public et les juges se fondent sur leur expérience et leurs convictions personnelles pour évaluer le caractère raisonnable de la force employée pour infliger une correction, ce qui a pour effet de rendre arbitraire et subjective l'application de l'art. 43. À l'appui de cet argument, elle attire l'attention sur l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108, où le juge O'Sullivan affirme, à la p. 109, que [TRADUCTION] « [I]a correction infligée au garçon dont il est question en l'espèce [le coup de pied au derrière]

était, en réalité, légère comparativement à celles que j'ai reçues à la maison ».

[...] De façon générale, l'art. 43 ne soustrait aux sanctions pénales que l'emploi d'une force légère – ayant un effet transitoire et insignifiant – pour infliger une correction. Les experts s'accordent actuellement pour dire que cet article ne s'applique pas au châtiment corporel infligé à un enfant de moins de deux ans ou à un adolescent. La conduite dégradante, inhumaine ou préjudiciable n'est pas protégée. La correction comportant l'utilisation d'un objet ou encore des gifles ou des coups à la tête est déraisonnable. Les enseignants peuvent employer une force raisonnable pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives, mais pas simplement pour infliger un châtiment corporel à un enfant. Si on ajoute à cela l'exigence que la conduite vise à infliger une correction, ce qui exclut la conduite résultant de la frustration, de l'emportement ou du tempérament violent du gardien, il se dessine une image uniforme du champ d'application de l'art. 43. Les responsables de l'application de la loi ou les juges ont tort d'appliquer leur propre perception subjective de ce qui est « raisonnable dans les circonstances »; le critère applicable est objectif. La question doit être examinée en fonction du contexte et de toutes les circonstances de l'affaire. La gravité de l'événement déclencheur n'est pas pertinente.

[Par. 26 et 40]

[19] À mon sens, rien ne laisse croire que la juge du procès s'est fondée sur son expérience personnelle pour évaluer le caractère raisonnable de la force employée pour infliger la correction. Au contraire, elle est arrivée à sa décision compte tenu des circonstances de l'affaire et en fonction de la preuve qu'elle avait accueillie. Le coup de fil donné à la police, dont elle a fait mention, s'est simplement ajouté aux circonstances dont elle a tenu compte pour apprécier le caractère raisonnable de la correction infligée par l'appelant.

[20] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de débouter l'appelant.

Version française de l'arrêt des juges d'appel Turnbull et Bell rendu par

LE JUGE BELL

I. Introduction et sommaire

[21] Le 21 juin 2010, une juge de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable de l'acte criminel de voies de fait, commis par l'administration d'une fessée à son fils, S.C.S. Le 18 août 2010, la juge a accordé à l'appelant une absolution sous conditions en vertu de l'art. 730 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46. L'une de ces conditions imposait à l'appelant une période de probation. Il appelle de la déclaration de culpabilité.

[22] Pour les motifs qui suivent, j'estime que la juge du procès a commis des erreurs du fait qu'elle a appliqué incorrectement la norme du doute raisonnable et qu'elle a appliqué une norme subjective pour déterminer si l'appelant était absous de toute responsabilité pénale par l'art. 43 du *Code*. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

A. *La version des événements de l'appelant*

[23] Le 1^{er} août 2009, vers 13 h, l'appelant, son épouse, leur fils de six ans, S.C.S., et les deux autres enfants de son épouse, partis de Durham Bridge, se rendaient à un musée de Fredericton en voiture. Son épouse conduisait, l'appelant occupait le siège du passager, à l'avant, et les enfants étaient assis à l'arrière. Pendant la première partie du voyage, S.C.S. se trouvait sur un siège rehausseur, derrière sa mère.

[24] La famille s'est arrêtée à la Banque Toronto-Dominion, rue Queen. S.C.S. se chamaillait alors avec son frère, criait aux voitures qui passaient : [TRADUCTION] « Au secours! Au secours! » et donnait des coups de pied dans le dossier du siège de sa mère. En conséquence, l'appelant est allé déplacer S.C.S. et l'installer sur le siège qui se

trouvait derrière lui. Tandis que la famille poursuivait son voyage, le comportement de S.C.S. empirait. Il détachait sa ceinture de sécurité, lançait des objets et criait à tue-tête. Comme les efforts de l'appelant pour apaiser l'enfant demeuraient vains, son épouse s'est arrêtée dans le parc de stationnement de l'école Connaught Street School. L'appelant a prévenu S.C.S. que, s'il ne cessait pas de s'agiter, il devrait recevoir une fessée.

[25] Tant bien que mal, l'appelant a enlevé S.C.S. de son siège rehausseur et a entrepris de le mettre sur son genou. S.C.S., hurlant à profusion, résistait. L'appelant affirme qu'il continuait d'essayer de raisonner l'enfant, lui assurant que, s'il cessait de crier, de donner des coups et de lancer des objets, il ne recevrait pas de fessée. L'enfant a continué de se conduire mal. L'appelant dit s'être ensuite donné sur la jambe un coup dont le bruit puissant avait, un temps, apaisé l'enfant. Il se serait donné un autre coup sur la jambe, mais sans arriver cette fois à calmer l'enfant. Il a alors prévenu S.C.S. qu'il devrait lui donner une [TRADUCTION] « vraie fessée ». Il affirme avoir frappé l'enfant sur les fesses deux ou trois fois et s'être arrêté après chaque coup pour l'implorer d'entendre raison. Il a retenu S.C.S. sur son genou, dit-il, pendant qu'il frappait les fesses vêtues de l'enfant. Une fois que le comportement de S.C.S. s'est adouci, l'appelant l'a rassis dans son siège et lui a remis sa ceinture de sécurité. Il est retourné s'asseoir devant, côté passager. L'appelant affirme qu'il est demeuré calme et maître de lui durant toute la correction. Les travailleurs sociaux qui ont examiné l'enfant quelque huit heures plus tard, ce jour-là, n'ont trouvé de marques et de contusions d'aucune sorte sur son corps. La grand-mère de S.C.S., qui l'a emmené se baigner au cours de l'après-midi, n'a aperçu ni marques ni contusions.

[26] L'appelant a fait un récit identique des événements aux travailleurs sociaux ce jour-là, aux policiers lors de son arrestation, douze jours plus tard, et à la juge du procès.

B. *La version des événements de l'intimée*

[27] Témoin à charge, Millicent Boldon habitait un immeuble résidentiel près de l'école Connaught Street School. Elle a témoigné qu'elle avait entendu un enfant pleurer et qu'elle avait d'abord pensé qu'il était tombé d'une balançoire. Elle est allée jeter un coup d'œil par la porte de sa chambre à coucher, qui s'ouvre sur une terrasse, et elle a vu un homme frapper un enfant de la main. Elle a déclaré que l'homme lui faisait face et qu'elle avait entendu l'enfant crier : [TRADUCTION] « Tu me brutalises. Arrête. Tu me fais mal. » Elle a vu l'homme lui donner au moins dix coups. Elle a d'abord cru entendre le claquement d'une main nue contre une jambe nue, puis elle a entendu le son plus feutré d'un coup donné, par exemple, sur des pantalons. [C'est moi qui souligne.]

[28] L'autre témoin à charge, Jim Burns, rendait visite à sa sœur, M^{me} Boldon, cet après-midi-là. Il a témoigné que M^{me} Boldon l'avait appelé, depuis la chambre, et qu'il avait pu entendre l'enfant avant même d'y être entré. M. Burns, ayant alors l'enfant à portée de la vue, a constaté qu'une douzaine de [TRADUCTION] « coups » avaient été donnés et il a crié à deux reprises : [TRADUCTION] « Y a-t-il un problème? » La personne qui administrait les [TRADUCTION] « coups » n'a pas répondu. M. Burns, lui aussi, a entendu l'enfant dire : [TRADUCTION] « Tu me brutalises. » Il affirme que la douzaine de coups d'abord donnés a été suivie d'une pause, puis d'une [TRADUCTION] « demi-douzaine » d'autres coups. Il a indiqué que l'homme, après avoir remis l'enfant dans la voiture, avait posé la main sur le toit du véhicule pour reprendre son souffle. Parce que cet homme lui tournait le dos, M. Burns ne savait pas s'il avait frappé l'enfant ou s'était frappé lui-même. [C'est moi qui souligne.]

C. *Le jugement de première instance*

[29] La juge du procès a écarté la version de l'appelant, qui voulait qu'il n'eût frappé son enfant que deux ou trois fois. Elle a conclu qu'il avait frappé l'enfant à maintes reprises, comme les deux témoins à charge l'avaient avancé. Le témoignage de l'appelant qu'il s'était frappé lui-même n'est pas apparu crédible à la juge. Elle a conclu

qu'il était [TRADUCTION] « absurde » de penser qu'il se serait frappé [TRADUCTION] « autant de fois ». Elle a accueilli les versions de M^{me} Boldon et de M. Burns de préférence à celle de l'appelant. Elle a indiqué, dans ses motifs, que [TRADUCTION] « jamais une fessée ne devrait s'éterniser au point où des étrangers se donnent la peine de téléphoner à la police ». Encore qu'elle eût conclu que la force appliquée visait à corriger, elle estimait que la durée de son application avait été déraisonnable. Elle a enfin conclu que l'art. 43 du *Code criminel*, qui permet l'emploi de la force pour infliger une correction raisonnable, ne constituait pas un moyen de défense valable pour l'appelant dans les circonstances.

II. Moyens d'appel

[30] Plusieurs moyens d'appel sont avancés. J'estime nécessaire, cependant, de n'aborder que les suivants : (1) la juge du procès n'a pas produit de motifs suffisants à l'appui de ses conclusions en matière de crédibilité et de doute raisonnable; (2) la juge a commis une erreur de droit en appliquant un critère subjectif pour déterminer si l'appelant avait infligé la correction raisonnable permise par l'art. 43 du *Code*.

III. Analyse

[31] Notre Cour n'a pour rôle ni de juger l'affaire de nouveau, ni de substituer ses vues à celles du juge de première instance en ce qui concerne la preuve. Elle est tenue de se demander, cependant, si le tribunal d'instance inférieure a commis une erreur de fait manifeste et dominante, ou une erreur dans l'application du droit aux faits (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

B. *La juge du procès a-t-elle produit des motifs suffisants à l'appui de ses conclusions en matière de crédibilité et de doute raisonnable?*

[32] Les motifs de jugement constituent le principal mécanisme par lequel les juges rendent compte aux parties et à la population des décisions qu'ils prononcent. Les tribunaux de première instance ne s'acquittent de leur obligation de rendre compte que si

les motifs de leurs décisions sont transparents et accessibles au public et au tribunal d'appel (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869). L'obligation qui incombe au juge de première instance, à cet égard, vaut pour l'évaluation de la crédibilité d'un témoin comme pour l'appréciation des faits et l'analyse du droit. Dans *R. c. Sheppard*, la Cour a déclaré ce qui suit :

[O]ù il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions.

[Par. 42]

[33] Cette obligation est accrue en deux situations : premièrement, dans les causes où la question de la crédibilité est la seule à se poser; deuxièmement, dans les causes dont l'issue dépend, en grande partie, du poids donné à des témoignages contradictoires. Lorsqu'il évalue la crédibilité, le juge du procès doit souvent comparer le témoignage de l'accusé avec d'autres témoignages. L'absence de motifs à l'appui d'une appréciation de la crédibilité peut donner l'impression que le juge du procès a tout simplement préféré un témoignage à un autre, et ne s'est pas arrêté comme il le devait au concept de preuve hors de tout doute raisonnable (*R. c. V.K. (B.C.C.A.)*, [1991] B.C.J. No. 3913 (C.A.) (QL); *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL)).

[34] Pour montrer qu'il a appliqué correctement la norme du doute raisonnable dans un procès où la question de la crédibilité se pose, le juge devrait reprendre le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *W.(D.)* :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé. [Par. 28]

[35] En conséquence, s'il accueille en partie le témoignage de l'accusé, le juge du procès qui mène l'analyse proposée par l'arrêt *W.(D.)* doit, pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité, expliquer au second stade de l'analyse pourquoi, néanmoins, la preuve de l'accusé ne soulève pas de doute raisonnable. Autrement, si le juge du procès relève des contradictions dans la preuve de la partie plaignante, il doit expliquer, au troisième stade du critère énoncé dans l'arrêt *W.(D.)*, pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité, pourquoi la preuve dans sa totalité prouve néanmoins la culpabilité hors de tout doute raisonnable (*R. c. Gharabaghi*, 2005 BCSC 1641, [2005] B.C.J. No. 2568 (QL)).

[36] Préférer un témoignage à un autre, sans procéder à l'analyse issue de *W.(D.)*, déplace le fardeau de la preuve vers la partie appelante, qui se voit tenue de réfuter la preuve des autres témoins (*R. c. Y.M.*, [2004] O.J. No. 2001 (C.A.) (QL)). Ainsi, pour garantir que le processus demeure équitable, le juge du procès doit expliquer aux parties pourquoi il n'a pas accueilli le témoignage de l'accusé ou, du moins, pourquoi il a conclu que ce témoignage ne soulevait pas de doute raisonnable. Y manquer constitue une erreur de droit, dont s'ensuit la tenue d'un nouveau procès.

B. *Application*

[37] En l'espèce, la juge du procès n'a repris le cadre d'analyse de *W.(D.)* ni explicitement, ni implicitement. Il apparaît, à la lecture de ses motifs, que ce n'est pas qu'une question de formulation d'un jugement où elle n'aurait pas suivi expressément chacune des étapes. Plutôt, ses motifs indiquent seulement qu'elle a adhéré au premier stade de l'analyse proposée par *W.(D.)*, comme l'indiquent ces propos : [TRADUCTION] « [Je] préfère la preuve des témoins à celle de M. Scott ». Pour ce qui est des deuxième et troisième stades, elle n'a expliqué ni pourquoi la preuve de l'accusé ne soulevait pas de doute raisonnable, ni pourquoi le reste de la preuve la persuadait de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Ses motifs, ou leur insuffisance, montrent qu'elle n'a pas appliqué correctement la norme du doute raisonnable.

[38] L'analyse que la juge du procès a donnée du témoignage de l'appelant n'indique ni pourquoi il n'était pas crédible, ni pourquoi ceux des témoins à charge l'étaient. La seule réserve qu'elle exprime, en ce qui concerne la crédibilité des témoins à charge, est la suivante : [TRADUCTION] « [Ils pourraient avoir] été, dans une certaine mesure, traumatisés par [les] cris et par [le] comportement outré [de l'enfant]. La Cour en [tiendra] compte car, souvent, les enfants crient n'importe quoi et leurs parents sont consternés de les entendre crier des choses qui n'ont rien de vrai ».

[39] La juge du procès s'est livrée à une analyse encore moins élaborée de la crédibilité ou de la fiabilité du témoignage de l'appelant. Ce défaut d'analyse est important vu les facteurs suivants. D'abord, M^{me} Boldon a témoigné qu'elle avait [TRADUCTION] « entendu la main frapper des jambes nues, puis frapper un pantalon ». Étant donné qu'un vêtement couvrait les fesses de l'enfant, le témoignage de M^{me} Boldon s'accorde, en partie du moins, avec celui de l'appelant, qui croyait se rappeler qu'il portait un short. La juge du procès n'a pas pris en compte cette concordance possible des témoignages de M^{me} Boldon et de l'appelant. Cet élément de preuve aurait pu influer sur la conclusion à laquelle elle est arrivée quant à la durée du châtiment, qui a pesé lourd dans sa décision de déclarer l'appelant coupable. Ensuite, la juge du procès n'a pas même fait mention des témoignages contradictoires des deux principaux témoins du ministère public, lesquels, bien qu'ils se soient trouvés sur la même terrasse, ont donné des versions différentes de ce qui s'est produit. M^{me} Boldon a indiqué que l'appelant lui faisait face, M. Burns que l'appelant lui tournait le dos. M^{me} Boldon a affirmé que l'appelant avait uniquement frappé l'enfant; M. Burns a reconnu qu'il ne pouvait voir si l'appelant frappait l'enfant ou se frappait lui-même. Vu l'incertitude de M. Burns quant à la cible des coups, et vu le témoignage de l'appelant, il devenait capital, pour la juge du procès, de montrer dans ses motifs qu'elle avait procédé à l'appréciation que requiert le troisième stade de l'analyse proposée par W.(D). Enfin, la juge n'a pas abordé dans ses motifs, en reprenant le cadre de l'arrêt W.(D)., l'incohérence apparente de l'absence de marques ou de contusions sur le corps de l'enfant compte tenu du témoignage de M^{me} Boldon, qui avait fait mention de tapes données sur une peau nue, et du témoignage de M. Burns, qui affirmait avoir vu quelqu'un porter dix-huit [TRADUCTION] « coups ».

[40] Dans l'ensemble, la démarche adoptée par la juge du procès indique qu'elle a passé outre au troisième stade de l'analyse proposée par W.(D.) et qu'elle n'a pas montré pourquoi la preuve, dans sa totalité, la persuadait hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'appelant. Son analyse a plutôt consisté à faire un choix entre deux versions des événements, ce qu'elle n'est pas en droit de faire. Le défaut de la juge de soumettre la totalité de la preuve à l'appréciation prévue au troisième stade de l'analyse atteste qu'elle n'a pas tenu compte du fardeau qui échoit au ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

C. *Un critère subjectif a-t-il été appliqué pour déterminer si la correction était « raisonnable »?*

[41] L'article 43 du *Code* permet aux parents et aux enseignants de corriger un enfant, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.
Texte de l'article :

**PROTECTION OF PERSONS
IN AUTHORITY**

Correction of child by force

43. Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

R.S., c. C-34, s. 43.

**PROTECTION DES PERSONNES
EXERÇANT L'AUTORITÉ**

Discipline des enfants

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

S.R., ch. C-34, art. 43.

[42] L'article 43 du *Code* a pour objet de conférer une certaine protection aux instituteurs et aux parents qui jugent nécessaire d'employer la force pour corriger un élève ou un enfant. Outre qu'il précise quelles personnes jouissent de cette protection, l'article indique quelle conduite est protégée. Premièrement, la conduite doit viser à « corriger »; deuxièmement, elle doit être « raisonnable dans les circonstances ». Il n'est pas contesté que l'appelant est le père de S.C.S. Considération importante, la juge du procès a conclu que l'appelant avait administré le châtiment pour corriger l'enfant. Dans

l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, la Cour suprême déclare que la force employée « pour corriger » l'est à des fins éducatives ou disciplinaires. Elle prescrit d'autres paramètres à l'emploi de la force en vue de corriger des enfants, dont un seul nous intéresse ici : il y a lieu de juger du caractère raisonnable de la correction d'après une norme objective. La Cour écrit :

Les responsables de l'application de la loi ou les juges ont tort d'appliquer leur propre perception subjective de ce qui est « raisonnable dans les circonstances »; le critère applicable est objectif. [Par. 40]

[43] J'estime que la juge du procès, lorsqu'elle a déclaré que [TRADUCTION] « jamais une fessée ne devrait s'éterniser au point où des étrangers se donnent la peine de téléphoner à la police », a appliqué une norme subjective. La décision de M^{me} Boldon de téléphoner à la police, dans les circonstances, ne saurait être que subjective. Elle n'aurait pas, à ce moment-là, bénéficié de tous les renseignements nécessaires pour faire de sa décision subjective une décision objective : elle ne s'était vraisemblablement pas demandée, par exemple, quelle pourrait être la version de l'appelant, si les fesses de l'enfant étaient couvertes, s'il se pouvait qu'elle crût à tort que toutes les tapes avaient été administrées à l'enfant, et si les observations et les conclusions de son frère étaient identiques aux siennes. Dans l'hypothèse où la juge du procès aurait appliqué le critère approprié lorsqu'elle s'est arrêtée à la réaction d'étrangers, il s'ensuivrait que, M^{me} Boldon eût-elle choisi de ne pas appeler la police, la force utilisée aurait été, on ne sait trop comment, raisonnable. Bien sûr, certains auraient peut-être téléphoné à la police plus tôt face à la même situation, d'autres n'auraient peut-être pas téléphoné du tout.

[44] En l'espèce, l'unique fondement de la déclaration de culpabilité provenait de la durée du châtiment. Je suis d'avis que la juge du procès a appliqué une norme subjective lorsqu'elle s'en est remise à un observateur de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'appelant.

[45] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.